

Lennart Sandebjer
Juristfunktionen
08-677 26 53
lennart.sandebjer@energiforetagen.se

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig upphandling
fi.remissvar@regeringskansliet.se

Fi2018/02531/OU

Remissyttrande över betänkandet "Möjligt, tillåtet och tillgängligt" (SOU 2018:44)

Energiföretagen Sverige samlar och ger röst åt omkring 400 företag som producerar, distribuerar, säljer och lagrar energi. Vårt mål är att utifrån kunskap, en helhetssyn på energisystemet och i samverkan med vår omgivning, utveckla energi-branschen – till nytta för alla.

Energiföretagen har tagit del av rubricerat betänkande (nedan "Utredningen") och framför nedan synpunkter i de delar som avser LUF¹ (om inget annat anges). När föreningen nedan refererar till upphandlande enheter så innefattar detta, i tillämpliga fall, även upphandlande myndigheter.

Sammanfattning

Energiföretagen **förordar i första hand** att de icke direktivstyrda reglerna, dvs. under EU:s tröskelvärden, tas bort i sin helhet i LUF, **eller i andra hand** ersätts av ett mycket begränsat regelverk. Vi anser att Utredningen inte har redovisat tillräckliga skäl för att behålla nuvarande regelverk. Energiföretagen anser alltså att målen att förenkla och skapa ökad flexibilitet för upphandlingar under EU:s tröskelvärden inom försörjningssektorerna, främst kan uppnås genom att regelverket helt utgår eller begränsas till ett minimum.

Om regeringen ändå avser att gå vidare med Utredningens förslag och behålla de icke direktivstyrda reglerna även för försörjningssektorerna, har Energiföretagen följande synpunkter.

- Energiföretagen **tillstyrker** utformningen av de grundläggande principerna för upphandling enligt förslaget till ny 19 kap 2 §.
- Energiföretagen **avstyrker** förslaget att införa principer för direktupphandling i 19a kap 3 §.
- Energiföretagen **tillstyrker** förslaget i 19 kap 7§ 2 st men föreslår en annan utformning i tydliggörande syfte. Energiföretagen **avstyrker** förslaget att detaljerade bestämmelser om upphandlingsdokumenten ska tas in i en förordning och anser att en reglering i 19 kap 7 § 2 st är tillfyllest och gynnar syftet att förenkla och öka flexibiliteten.
- Energiföretagen **avråder** från ytterligare regleringar i lag eller förordning rörande huruvida dialog i upphandlingar ska genomföras och vad den ska omfatta samt framför att nackdelarna med detaljreglering överväger fördelarna.

¹ Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.

- Energiföretagen **avstyrker** förslaget rörande införande av skyldighet för upphandlande enheter i LUF att skicka tilldelningsbeslut i samband med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal i enlighet med 19 kap 15 § 2 st.
- Energiföretagen **avstyrker** att regler om dokumentation ska finnas kvar i enlighet med 19 kap 18 och 19 §§ då det inte kan sägas vara ett led i förenkling av regelverket.
- Energiföretagen har **inget att erinra** mot de principer som fastslås i 19 kap 10 § 1 och 2 styckena men önskar dock ett **förtydligande** i 19 kap 10 § 3 st.
- Energiföretagen välkomnar den klagörande definitionen i 19a kap 1 §.
- Energiföretagen **tillstyrker**, i väntan på en översyn, förslagen rörande direktupphandlingsgränser, dock med reservationen att dessa inte får låtas bestå under någon längre tid.
- Energiföretagen har **inget att erinra** mot följande förslag i 19a kap; 2 §, 4-5 §§ samt 7-8 §§.
- Energiföretagen har en **reservation** mot förslagen i 19 kap 6 § (ordet "angeläget" ska utgå) men i **övrigt ingen erinran**.
- Energiföretagen **avstyrker** förslagen i 19a kap 9-10 §§ med motiveringen att det inte kan anses uppfylla ambitionen om förenkling att vidmakthålla dessa regleringar.
- Energiföretagen **tillstyrker** förslagen i 20 kap 19c §.
- Energiföretagen **tillstyrker** förslagen i 20 kap 19a § men ställer sig dock tveksam till om nivån på avgiften är tillräcklig för att minska antalet överprövningsmål och föreslår därför att avgiften sätts till ett betydligt högre belopp än 7 500 kr.

Betänkandets Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler

Behöver upphandlingar under EUs tröskelvärden regleras för försörjningssektorerna?

Utredningen förordar i avsnitt 4.3² att de icke direktivstyrda upphandlingarna inte bör lämnas oreglerade eller undantas från upphandlingslagarna. Detta motiveras bl.a. av samhällsekonomiska aspekter, enskilda leverantörers intressen och rätts-säkerhetsskäl, utan att Utredningen går närmare in på någon av dessa aspekter.

Energiföretagen anser att av Utredningen redovisade skäl inte är tillräckliga för att behålla ett regelverk för upphandling under EUs tröskelvärden även inom försörjningssektorerna. Nedan utvecklas denna ståndpunkt närmare.

Det finns, som Utredningen nämner, flera exempel på andra utredningar som har kommit fram till motsatsen, dvs. att ett vissa upphandlingar helt ska lämnas utanför upphandlingslagarna, t.ex. avseende välfärdstjänster inom LOU³. De skäl som då har angivits är bl.a. att;

- det är viktigt att det utrymme som EU-rätten medger utnyttjas⁴; samt att

² SOU 2018:44, s 164.

³ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

⁴ SOU 2016:78, "En mer ändamålsenlig reglering av upphandling av välfärdstjänster", s 534.

- upphandlande myndigheter bör kunna anförtros att bedöma en upphandlings gränsöverskridande intresse, varvid de grundläggande principerna för upphandling ska tillämpas (vilken bedömning också kan överprövas av en leverantör som anser att bedömningen är felaktig)⁵;

Liknande skäl som ovan framförs även i SOU 2016:13, "Förslag för att förbättra civilsamhällets möjligheter att delta i offentlig upphandling".⁶

Därtill så finns det ett antal internationella exempel på att icke direktivstyrda upphandlingar lämnats oreglerade eller undantagits från upphandlingslagstiftningen, i enlighet med EU-lagstiftarens intentioner, framförallt inom försörjningssektorerna. Här bör särskilt omnämnas några av våra nordiska grannar. I Finland så har lagstiftaren valt att inte alls reglera upphandling under EUs tröskelvärden för försörjningssektorerna och i Norge så gäller i princip endast de generella principerna under EUs tröskelvärden ner till en nationell lägsta gräns om 100 000 NOK (norska kronor).

Den finska lagstiftaren motiverar bl.a. skillnaderna mellan reglerna för den klassiska sektorn och försörjningssektorerna med att inom den klassiska sektorn så är syftet med upphandlingslagen framförallt att effektivisera användandet av allmänna medel men att inom försörjningssektorerna så är det främsta syftet och målet att effektivisera konkurrensen inom områden där den offentliga sektorn traditionellt har gjort sig starkt gällande eller där verksamheten har sådan karaktär att det lätt uppstår naturliga monopolsituationer lokalt eller regionalt, t.ex. på grund av nättinnehav.⁷ Därtill har den finska lagstiftaren redan i samband med införandet av det gamla försörjningsdirektivet (2004/17/EG) i finsk rätt uttalat i förarbetena följande anledning till varför ingen reglering under EUs tröskelvärden behövs för försörjningssektorerna:

"Det behövs inget förenklat upphandlingsförfarande eftersom försörjningslagen i överensstämmelse med direktiven tillåter mycket flexibla upphandlingsförfaranden och fri tillämpning av förhandlingsförfarandet. Dessutom är tröskelvärdena högre än i upphandlingsdirektivet. Vidare följer största delen av enheterna inom sektorn redan i övrigt företagsekonomiska principer."⁸

Den finska lagstiftarens synsätt borde även den svenska lagstiftaren anamma enligt Energiföretagens uppfattning. Det syfte med de icke direktivstyrda upphandlingsreglerna som Utredningen ger uttryck för, dvs. "att de upphandlande enheterna och myndigheterna ska handskas väl med offentliga medel och få värde för pengarna",⁹ är möjligen ett relevant syfte för att ha upphandlingsregler under EUs tröskelvärden i LOU, men det är inte per automatik ett argument för att sådana

⁵ SOU 2016:78, s 535 f.

⁶ SOU 2016:13, "Förslag för att förbättra civilsamhällets möjligheter att delta i offentlig upphandling", s 362 f.

⁷ Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, RP 108/2016 rd, s 5.

⁸ Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster, RP 50/2006 rd, s 21.

⁹ SOU 2018:44, s 148.

regler även ska finnas i LUF och som den finska lagstiftaren mycket riktigt poängterar så är det inte heller EU-lagstiftarens tanke att samma regler ska gälla för den klassiska sektorn som för försörjningssektorerna. Detta måste närmare belysas så att inte LUF "slentrianmässigt" (återigen) hanteras på samma sätt som LOU för att det är "enklast så". Det är i detta sammanhang viktigt att förstå att det är på intet sätt vare sig obligatoriskt eller för försörjningssektorerna önskvärt att införa eller vidmakthålla regleringar under EUs tröskelvärden som hindrar den flexibilitet som genom åren har varit EU lagstiftarens avsikt avseende upphandling inom försörjningssektorerna.

För försörjningssektorerna är det således alltså viktigt att behålla den flexibilitet som under många år har präglat upphandling inom försörjningssektorerna. Det finns enligt Energiföretagens mening ingen anledning att närma sig den klassiska sektorn och LOUs regelverk av principiella skäl (t ex. pga. att det skulle vara enklare att ha samma regelverk) och framförallt inte avseende sådana nationella regleringarna där inga närmanden finns över tröskelvärdena. Det är och har alltid varit EU lagstiftarens ambition att en skillnad mellan den klassiska sektorn och försörjningssektorerna ska finnas då förutsättningarna för att bedriva försörjningsverksamhet i många delar är speciella och andra hänsynstagande kan behövas än vid upphandlingar inom den klassiska sektorn.

Med en ambition att nå målet om förenkling och flexibilitet så bör enligt Energiföretagen regleringarna i LUF under tröskelvärdena antingen utgå helt (jfr Finland) eller begränsas till ett minimum (jfr Norge). Energiföretagen anser dock att ett flexibla och enklare regelverk under EUs tröskelvärden för försörjningssektorerna främst kan uppnås genom att lämna detta område oreglerat i LUF.

Energiföretagen förordar således i första hand att de icke direktivstyrda reglerna, dvs. under EU:s tröskelvärden, tas bort i sin helhet i LUF, eller i andra hand ersätts av ett mycket begränsat regelverk. Detta grundas bl.a. på följande omständigheter:

- a) **Inget slöseri med skattemedel:** En stor del av den verksamhet som omfattas av LUF finansieras inte av skattemedel, utan bedrivs av statliga bolag, kommunala bolag och privata bolag med egna vinstmål. Det finns således ingen överhängande risk att LUF-sektorn förbrukar skattemedel i onödan. De upphandlande enheterna har även i avsaknad av en sådan reglering fortfarande incitament att hålla kostnaderna nere för att t.ex. hålla satta intäktsramar (inom eldistributionen), och i övrigt för att kunna erbjuda marknadsmässiga priser på de konkurrensutsatta marknader där enheterna verkar (dvs. lägre kostnader kommer kunderna till godo i form av lägre priser på tjänster såsom fjärrvärmedistribution mm), etc.
- b) **Upphandlande enheter förhåller sig redan till andra regelverk för upphandling:** Alla seriösa upphandlande enheter inom LUF arbetar redan idag på ett strukturerat sätt med sina upphandlingar. Det innebär bl.a. att inköp inte kan göras utan att man har följt den interna upphandlingspolicy/etiska riktlinjer/uppförandekoder/ ägardirektiv eller liknande, vilka i de flesta fall innehåller såväl konkreta regler kring konkurrensutsättning (t.ex.

att minst 3 leverantörer ska tillfrågas som huvudregel) som instruktioner kring krav som ska ställas på leverantörerna (t.ex. att de inte ska vara föremål för korruptions- eller mutbrott). Detta grundar sig bl.a. i det faktum att man även verkar på områden där man inte alls behöver följa några upphandlingsregler och där har etablerat dessa policyer, riktlinjer mm. Precis som Utredningen konstaterar så överlappar många av dessa självpåtagna regleringar med upphandlingslagstiftningen¹⁰, vilket gör den administrativa bördan än tyngre för de upphandlingsorganisationer som ska hantera den här regelmassan. Det borde därför, för de icke direktivstyrda upphandlingarna, vara tillräckligt att förhålla sig till dessa interna och andra regelverk som i sig borgar för förutsebarhet och en tillräcklig konkurrensutsättning.

- c) **Liten leverantörsbas som månas om:** Det är en felaktig uppfattning att utan regler under tröskelvärdena så skulle det bli svårare för små- och medelstora leverantörer att få leverera till försörjningssektorerna. Försörjningssektorerna karaktäriseras tvärt om i många fall av en förhållandevis liten leverantörsbas, dvs. det finns inte så många som kan utföra tjänsterna i fråga eller leverera de nödvändiga varorna, varför man månar om att dessa leverantörer ska lämna anbud i upphandlingarna. Många leverantörer är små och specialiserade och av mycket stor betydelse för att försörjningsverksamhet ska kunna bedrivas. Det görs regelbundet aktiva försök att nå ut till leverantörer, stora och små, för att förmå dem att delta i upphandlingar – både inom och utanför Sveriges gränser och man för dialog på olika sätt för att ta in synpunkter på hur upphandlingar inom försörjningssektorerna bättre kan genomföras.
- d) **Tid tas från komplexa upphandlingar:** En stor del av upphandlingsarbetet inom försörjningssektorerna får idag ägnas åt att säkerställa att formalia efterlevs vid genomförandet av förhållandevis små upphandlingar, istället för att koncentrera sig på att verksamheten erhåller de mest företagsekonomiska lösningarna vid dessa samt de större och mer komplexa upphandlingarna. Med ett regelverk för upphandlingar under tröskelvärdena tas därmed tid från att skapa de bästa affärerna då inköpsorganisationerna inte hinner fokusera på de svårare upphandlingarna, vilka då inte alltid kan genomföras på bästa sätt. Därtill kommer att de överprövningar som sker av upphandlingar under tröskelvärdena ofta tar lika mycket tid i anspråk som de över tröskelvärdena, vilket inte kan sägas stå i rimlig proportion till värdet av det upphandlande. Detta är inte en effektiv hantering av upphandlingar inom försörjningssektorerna. I detta sammanhang ska då också tilläggas att de upphandlande enheterna i ca 80 % av fallen vinner i överprövningsprocessen, dvs. domstolen ändrar inte enhetens tilldelning av kontrakt.¹¹

¹⁰ SOU 2018:44, s 22.

¹¹ Se Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7, "Kartläggning och analys av mål om överprövning", s 78.

- e) **Högre och differentierade direktupphandlingsgränser:** Om lagstiftaren trots allt ändå skulle finna att det är motiverat med regler under EUs tröskelvärden även för försörjningssektorerna så måste högre direktupphandlingsgränser i LUF införas, framförallt avseende byggtreprenader (dvs. differentierade direktupphandlingsgränser för varor/tjänster respektive byggtreprenader). Detta skulle även resultera i färre överprövningar, då dessa ofta avser upphandlingar under tröskelvärdena. För upphandlingar under EUs tröskelvärden men över direktupphandlingsgränsen skulle ett begränsat regelverk kunna gälla baserat i princip enbart på de grundläggande principerna.

Synpunkter på Utredningens konkreta förslag

För det fall lagstiftaren trots allt avser att gå vidare med att behålla de icke direktivstyrda reglerna även för försörjningssektorerna avger Energiföretagen nedan synpunkter på vissa delar av Utredningens konkreta förslag.

Energiföretagen anser att de principer som fastslagits som utgångspunkt för Utredningen är relevanta och välkomnar detta angreppssätt.¹² Energiföretagen välkomnar också det arbete som gjorts för att förtydliga vad icke direktivstyrd upphandling i LOU och LUF egentligen avser, dvs. annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena. I tillägg därtill så medför uppdelningen i ett 19 kap och ett 19a kap att det också tydliggörs vad som avses med direktupphandling och när denna får användas. Utredningens ambition att begränsa hänvisningar till andra kapitel eller paragrafer i LOU/LUF är mycket bra, dock att det möjligen hade kunnat undvikas i större utsträckning även för 19a kapitlet. Sammantaget så gör nämnda förändringar i sig att regelverket blir enklare.

De förändringar som gjorts rörande definitioner har bidragit till klargörande och ett enklare regelverk. **Energiföretagen har inget att erinra** mot förslagen i denna del.

Principer för upphandling (kap.9)

19 kap 2 §

Energiföretagen finner det självklart att EUs grundläggande principer ska gälla även fortsättningsvis för icke direktivstyrd upphandling och ett tydliggörande genom en uttrycklig bestämmelse i 19 kap istället för en hänvisning till annat kapitel i LOU/LUF poängterar den vikt som dessa principer har för all upphandling. **Energiföretagen tillstyrker** sålunda utformningen av de grundläggande principerna för upphandling så som de uttrycks i förslaget till ny 19 kap 2 §.

19a kap 3 §

Utredningen föreslår att det införs en nationell princip för direktupphandlingar som inte har något bestämt gränsöverskridande intresse ("BGI"). Denna ska, som Energiföretagen uppfattar det, borga för större flexibilitet för de upphandlande enheterna än en tillämplig av EUs grundläggande principer. Frågan är då om det

¹² SOU 2018:44, s 21 och 171 f.

behövs någon reglering alls? Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD") har i en nyligen avkunnad dom¹³, som kom efter det att Utredningen publicerats, klargjort att EUs grundläggande principer alltså gäller för samtliga upphandlingar som görs, dvs. även icke direktivstyrda upphandlingar utan BGI. HFD konstaterar vidare följande (vår understrykning);

"En annan sak är att relevansen och den faktiska innebörden av de olika principerna naturligen varierar med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål. Principen om likabehandling av leverantörer torde t.ex. vara lika relevant oavsett om upphandlingen har något gränsöverskridande inslag eller inte medan principen om ömsesidigt erkännande av naturliga skäl spelar en mer undanskymd roll vid icke gränsöverskridande upphandlingar. Även värdet på upphandlingen är av betydelse för vilka krav som principerna rent faktiskt ställer på den upphandlande myndigheten.

Exempelvis kan de allmänna principerna i vissa fall, med hänsyn t.ex. till upphandlingens storlek, i sig ställa krav på att någon form av konkurrensutsättning sker även vid en direktupphandling. Avsaknaden av detaljreglering gör dock att den upphandlande myndigheten även i dessa fall har stor handlingsfrihet när det gäller på vilket sätt detta ska göras. Om en myndighet inom ramen för en direktupphandling väljer att vända sig till flera tänkbara anbudsgivare genom t.ex. annonsering får vidare de allmänna principerna större praktisk betydelse än de har vid en upphandling där kontakt tas med endast en leverantör."

HFD fastslår således att det redan idag råder stor flexibilitet vid tillämpandet av de generella principerna i samband med direktupphandling, bl.a. så framgår det av domen att det är möjligt att endast ta kontakt med **en** leverantör för dessa upphandlingar samt att för det fall någon form av konkurrensutsättning ändå sker så är friheten stor så länge inte några osakliga eller godtyckliga bedömningar görs av den upphandlande enheten.¹⁴ Den nationella princip som Utredningen föreslår utgår ifrån att konkurrensutsättning alltid bör ske om det är möjligt. HFD menar dock i sin dom att det är fullt möjligt att vid direktupphandling alltid enbart vända sig till **en** leverantör, utan att detta bryter mot de generella principerna:

"En direktupphandling kan i sin enklaste form bestå av att myndigheten tar kontakt med endast en leverantör och omedelbart kommer överens med denne om leverans."¹⁵

Utredningens förslag utgör således en begränsning av den rätt som den upphandlande enheten har redan idag i samband med direktupphandling. Detta yttrar sig även i de förklaringar som Utredningen ger i betänkandet där det t.ex. inte alls omnämns som ett alternativ att den upphandlande enheten vänder sig till enbart **en** leverantör.¹⁶

¹³ HFD, mål nr 3830-17, 19 oktober 2018, s 7 f.

¹⁴ HFD, mål nr 3830-17, 19 oktober 2018, s 8.

¹⁵ HFD, mål nr 3830-17, 19 oktober 2018, s 6.

¹⁶ Jfr SOU 2018:44, s 279 f.

Vidare vill Utredningen införa ett krav på saklighet och opartiskhet som ett nytt begrepp och krav för direktupphandling. Energiföretagens mening är att dessa begrepp redan omfattas av de generella principerna och därav är det inte nödvändigt att införa dessa ytterligare begrepp som därmed inte heller framstår som en förenkling.

Det finns också en risk att oaktat att en nationell princip införs så kommer de generella principerna att gälla parallellt. De generella principerna är redan väl uttolkade i rättspraxis och ett införande av en ny, nationell princip riskerar därför att skapa förvirring och merarbete när den operativa verksamheten vid den upphandlande enheten ska avgöra hur principerna ska tillämpas samt bedöma huruvida det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Detta medför rättsosäkerhet och bidrar till en högst olycklig utveckling.

Vad gäller tredje stycket i 19a kap 3 § så följer detta redan av EU-domstolens praxis och behöver därför inte särskilt regleras utan bör utgå.

Energiföretagen ställer sig mot bakgrund av HFDs nämnda avgörande och de skäl som angivits ovan tveksam till att införa en nationell princip för direktupphandling, då denna vare sig behövs baserat på HFDs dom och dessutom, tvärt emot dess syfte, skulle kunna tolkas som en begränsning av de upphandlande enheternas flexibilitet rörande direktupphandling.

Energiföretagen avstyrker således Utredningens förslag om att införa principer för direktupphandling i enlighet med dess lydelse i 19a kap 3 §.

Energiföretagen ställer sig dock bakom Utredningens konklusioner vad gäller att ogiltigförklarande av ingångna direktupphandlade avtal även fortsättningsvis inte bör kunna ske.

Upphandlingens utformning (kap 10)

Förfaranden och metoder för upphandling samt annonsering

Energiföretagen har inget att erinra mot förslagen rörande val av förfarande vid upphandling, metoder för upphandling och annonsering utan ser förslagen som välkomna förenklingar och ett uttryck för flexibilitet i dessa delar.

Upphandlingsdokumenten

Energiföretagen välkomnar att det införs en möjlighet, i vart fall avseende icke direktivstyrda upphandlingar, att ge tillgång till upphandlingsdokumenten vid en senare tidpunkt än vid annonsering, vilket är nödvändigt vid två-stegsförfaranden, så länge sådan senare dag anges i annonsen.

Det bör enligt Energiföretagen även i övrigt lämnas stor flexibilitet för de upphandlande enheterna att utforma upphandlingsdokumenten, särskilt mot bakgrund av att förfaranden och metoder kan ha valts, i enlighet med föreslagen lagregel i 19 kap 3 §, som inte idag omfattas av upphandlingslagstiftningen. Energiföretagen avråder därför från att detaljerade regler tas in i lag eller förordning avse-

ende vad upphandlingsdokumenten ska innehålla¹⁷. Det följer redan av de generella principerna att sådan information som är väsentlig för att anbudssökande eller anbudsgivare ska kunna behandlas lika och lämna jämförbara anbud måste tas med i upphandlingsdokumenten. **Energiföretagen avstyrker** därför Utredningens förslag att detaljerade bestämmelser om upphandlingsdokumenten ska tas in i en förordning. Sådana detaljerade regler ska följaktligen inte heller omfattas av någon uttrycklig lagregel då detta skulle motverka syftet med Utredningen rörande förenkling och flexibilitet och snarare ses som mycket tungrott och detaljstyrt.

Den lagregel som föreslås i 19 kap 7§ 2 st är således i sig själv tillräcklig, dock att det inte är helt tydligt vad som avses med "*göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och att lämna konkurrenskraftiga anbud*" - denna otydlighet borde dock kunna "byggas bort" genom andra ordval/formuleringar. **Energiföretagen föreslår** att stycket istället utformas på följande sätt (ändringar markerade med fet stil samt är borttagen text genomstruken): "*Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen i syfte att ~~göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen~~ **upprätthålla principerna i 19 kap 2 §** och att **göra det möjligt för leverantörer att lämna konkurrenskraftiga anbud.**"*

Dialog i upphandlingar (kap 11)

Energiföretagen har i stort inget att erinra mot förslagen i denna del.

Emellertid förefaller det enligt Energiföretagen onödigt administrativt att begära att de upphandlande enheterna ska ange i upphandlingsdokumenten vad dialogen kan komma att omfatta. Detta framgår, som Utredningen redogör för, av rättspraxis var de yttersta gränserna för dialogen går och det är också ofta först när enheten har sett de ingivna anbuden som det utkristalliseras om en dialog behövs, vad man vill fokusera på i dialogen och om rena förhandlingar ska genomföras. Dialog ska alltid vara möjligt utan närmare beskrivning och då det ofta är till leverantörernas fördel att få "förfina" sitt anbud eller presentera sitt anbud så har vi svårt att se behovet av denna extra administrativa börda på de upphandlande enheterna, även om dialog i vissa fall kan kosta både tid och pengar för leverantörerna. Nackdelarna med detaljreglering i denna del är därmed fler än fördelarna enligt Energiföretagens mening. **Energiföretagen avråder** således att ytterligare regleringar om huruvida dialog ska genomföras och vad den ska omfattas intas i lag eller förordning.

Nödvändiga förfarandebestämmelser (kap 12)

Kommuniceringsformer

Energiföretagen har inget att erinra mot de principer som fastslås i 19 kap 9§, med reservationen att det inte är helt tydligt vad som avses med att den upphandlande

¹⁷ Jfr SOU 2018:44, s 292 f.

enheten ska dokumentera "*sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen*". Här behövs mer vägledning om vad Utredningen menar ska dokumenteras.

Information om beslut

Energiföretagen avstyrker Utredningens förslag rörande införande av skyldighet för upphandlande enheter i LUF att skicka tilldelningsbeslut i samband med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal i 19 kap 15 § 2 st. Det är enligt Energiföretagens erfarenhet en stor skillnad mellan den klassiska sektorn och försörjningssektorerna vad gäller användandet av förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal, vilket också har motiverat den skillnad som idag finns i LOU och LUF avseende skyldigheten att skicka tilldelningsbeslut i samband med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Ramavtal med förnyad konkurrensutsättning är utan tvekan ett av det vanligaste sättet att avropa varor, tjänster och byggtreprenader under LUF och ofta avropas ett stort antal kontrakt och/eller stora volymer (dvs. flera kontrakt ingås samtidigt) dagligen under ett ramavtal. Förslaget riskerar att göra processen vid tilldelning av kontrakt med förnyad konkurrensutsättning mer formalistisk samt öka den administrativa bördan, utan att några egentliga välgrundade skäl anförs. Information om tilldelning av kontrakt under ett specifikt ramavtal sker självfallet redan idag till aktuella leverantörer som ett led i att de generella principerna måste iakttas, men beslutet i sig kan utformas på lite olika sätt beroende på vad som avropas. **Energiföretagen förordar att denna flexibilitet får bestå i enlighet med EU lagstiftarens intentioner.** Om en regel ändå ska införas så bör det tydliggöras att avtalsspärr inte följer på ett sådant tilldelningsbeslut i enlighet med hur regeln i 20 kap 2 § 2 p LOU föreslås se ut. Det finns enligt Energiföretagens mening i så fall ingen anledning att regeln i LUF inte utformas på samma sätt, dvs. att det uttryckligen framgår av 20 kap 2 § 2 p LUF, att en avtalsspärr inte ska följa vid tilldelning av kontrakt med förnyad konkurrensutsättning.

Dokumentation av annonspliktiga upphandlingar

Energiföretagen avstyrker att regler om dokumentation ska bestå i enlighet med 19 kap 18 och 19 §§. En rimligt ansvarsfull upphandlande enhet dokumenterar alla sina upphandlingar och förvarar sina kontrakt och ramavtal under hela dess löptid, i vart fall av företagsekonomiska skäl och en explicit regel i enlighet med förslaget är inte nödvändigt i LUF och kan inte heller sägas vara ett led i att förenkla de icke direktivstyrda reglerna i LUF.

Vad gäller arkiveringsskyldigheten så finns det inget intresse alls för den upphandlande enheten att bevara somliga handlingar eller i andra fall enbart under en kortare tid. Det upplevs som alltför betungande för det icke direktivstyrda området att införa denna typ av reglering för de upphandlande enheter som idag inte omfattas av arkivlagen.

Övriga synpunkter på betänkandets kap 12

Energiföretagen har inget att erinra mot de principer som fastslås i 19 kap 10 § 1 och 2 styckena.

Energiföretagen önskar dock ett **förtydligande i 19 kap 10 § 3 st** vad som avses med "alla leverantörer som deltar i upphandlingen". I försörjningssektorerna genomförs ofta upphandlingar i två steg och det förefaller inte rimligt att i samband med ett sådant förfarande även behöva informera leverantörer i fas ett som inte gått vidare till fas två om kompletterande upplysningar rörande fas två. Energiföretagen föreslår därför att följande förtydligande görs i lagtexten (ändringar markerade med fet stil samt är borttagen text genomstruken):

"Upplysningarna ska lämnas skriftligen till ~~alla~~ de leverantörer som deltar i den aktuella fasen av upphandlingen."

Direktupphandling (kap. 15)

19a kap 1 §

Energiföretagen välkomnar en klargörande definition av vad som utgör en direktupphandling.

Direktupphandlingsgränserna är centrala för försörjningssektorerna. Många upphandlingar under LUF kännetecknas av att de är stora och komplexa, varvid behov också finns att kunna avsätta relevant tid för dessa upphandlingar. Att samtidigt behöva administrera ett stort antal mindre upphandlingar, som inte är verksamhetskritiska, upplevs både som ineffektivt och onödigt kostnadsdrivande. Energiföretagen skulle därför gärna se att högre direktupphandlingsgränser införs samt att (som redan nämnts ovan) lagstiftaren överväger differentierade direktupphandlingsgränser där gränsen för byggentreprenader sätts högre. Vi uppfattar att detta också är i linje med Utredningens rekommendationer men att Utredningen inom ramen för sitt uppdrag inte har haft möjlighet att föreslå detta.¹⁸ I väntan på att denna översyn görs **tillstyrker Energiföretagen** Utredningens förslag rörande direktupphandlingsgränser, dock med reservationen att dessa inte får låtas bestå under någon längre tid utan revision om de ska sättas till ett nominellt belopp. Energiföretagen välkomnar att direktupphandlingsgränsen för tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 harmoniseras med EUs motsvarande tröskelvärden.

Energiföretagen föreslår dock att möjligheten till rättsmedel för direktupphandlingar under direktupphandlingsgränsen utgår av såväl förenklingsskäl som av effektivitetsskäl. Det är inte rimligt att vare sig de upphandlande enheterna ska ägna tid åt att försvara dessa mycket små upphandlingar i domstol eller att domstolarna ska behöva avsätta tid att handlägga "små-mål" när dagens handläggningstider i domstolarna snarare tyder på att en prioritering skulle behöva ske. Ett steg mot större flexibilitet och enkelhet är helt enkelt att dessa upphandlingar till mindre värde helt undantas möjlighet till rättsmedel.

19a kap 2 §

Energiföretagen har inget att erinra mot förslagen i 19a kap 2 §.

19a kap 3 §

Se ovan under avsnitt 3.2.

¹⁸ SOU 2018:44, s 355.

19a kap 4-5 samt 7-8 §§

Energiföretagen har inget att erinra mot förslagen i 19a kap 4-5 samt 7-8 §§.

19a kap 6 §

Energiföretagen har inget att erinra mot förslagen i 19a kap 6 §, med reservationen att ordet "angeläget" ska utgå i paragrafens första stycke, enär det inte tillräckligt väl har tydliggjorts vad som avses med ett angeläget behov. Den mekanism som man eftersträvar med den föreslagna principen bör kunna uppnås ändå.

19a kap 9-10 §§

Energiföretagen avstyrker förslagen i dessa delar. Det kan inte anses uppfylla ambitionen om förenkling att vidmakthålla dessa regleringar när merparten av de upphandlande enheterna i enlighet med såväl annan lagstiftning (t.ex. redovisning- och förvaltningslagen) som interna riktlinjer och policyer ändå genomför dessa åtgärder. Det kan inte vara upphandlingslagstiftningens syfte att "lösa" sådant som redan är löst på annat håll. Förslagen uppfattas som onödigt administrativa och främjar framförallt inte mindre upphandlande enheters tillämpning av lagstiftningen.

Om ett dokumentationskrav ändå införs så bör det revideras på sådant sätt att det inte blir onödigt betungande, t.ex. så bör orden "under upphandlingens samtliga skeden" utgå, dessutom bör kravet inte utvidgas till att utlösas från 0 kr utan dagens gräns på 100 000 kr ska vidmakthållas.

Rätten att ansöka om överprövning (kap. 16)

Energiföretagen upprepar det som anförts ovan (19a kap 1 §) avseende en begränsning av rätten att överpröva en direktupphandling under direktupphandlingsgränsen.

Energiföretagen avstyrker Utredningens förslag om ett införande av en underrättseskyldighet vid förnyad konkurrensutsättning om ramavtal i LUF, se ovan under rubriken Information om beslut.

Konsekvensändringar och andra ändringar i LOU och LUF (kap 17)

Energiföretagen välkomnar den konsekvensändring som föreslås i 6 kap 5 LUF för att rätta till det tidigare misstaget i genomförandearbetet av EUs försörjningsdirektiv.

Energiföretagen noterar att terminologin i lagtexten i viss mån bör harmoniseras, tex vad gäller användandet av orden leverantör/anbudssökande/anbudsgivare.

Betänkandets del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Processkostnadsansvar i överprövningsmål (kap. 21)

Energiföretagen delar Utredningens uppfattning att fördelarna överväger nackdelarna med att införa processkostnadsansvar i överprövningsmål. **Energiföretagen tillstyrker** således förslagen i 20 kap 19c §.

Energiföretagen noterar dock att den föreslagna regeln om ombuds solidariska skyldighet för kostnader möjligen kan bli svår att tillämpa i praktiken då ombudsrollen inte är lika klart definierad i upphandlingsmål som i tvistemål, t.ex. så kan en kommunjurist, bolagsjurist eller annan mer "internt utsedd" person agera ombud. Därtill finns det en "risk" att denna typ av ombud inte fortsättningsvis kommer att användas i lika stor utsträckning som idag, trots att det för de upphandlande enheterna oftast är effektivt av både kostnads- och tidsskäl att använda sig av interna ombud, då ett sådant ombud inte "vågar" riskera det solidariska ansvar som kan komma att åläggas på samma sätt som en advokat som omfattas av en ansvarsförsäkring.

Ansökningsavgifter i överprövningsmål (kap 22)

Energiföretagen tillstyrker förslagen i 20 kap 19a § rörande att en ansökningsavgift ska införas i överprövningsmål. Energiföretagen ställer sig dock tveksam till om nivån på avgiften är tillräcklig för att minska antalet överprövningsmål. **Energiföretagen föreslår därför** att en avgift sätts till ett betydligt högre belopp än 7500 kr för att uppnå sitt syfte.

Energiföretagen erinrar om att det är viktigt att handläggningen av ansökningsavgifter sker skyndsamt för att undvika onödig tidsutdräkt.

Stockholm som ovan

Pernilla Winnhed

Vd, Energiföretagen Sverige